



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10680.012822/2001-74
Recurso nº. : 146.791
Matéria : ILL - Ano(s): 1989, 1991 e 1992
Recorrente : VIAÇÃO VARZEALEGRENSE S.A.
Recorrida : 3ª TURMA/DRJ-BELO HORIZONTE/MG
Sessão de : 22 de fevereiro de 2006
Acórdão nº. : 104-21.413

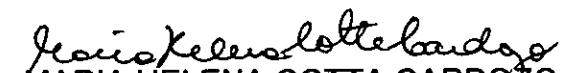
IRF/ILL - DECADÊNCIA - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO - TERMO INICIAL - O termo inicial para contagem do prazo decadencial do direito de pleitear a restituição do Imposto de Renda sobre o Lucro Líquido (Art. 35, da Lei nº 7.713/88), pago indevidamente pelas sociedades anônimas, é a data da publicação da Resolução do Senado Federal 82/96, que reconheceu o direito à restituição em tela. Afastada a decadência, devem os autos retornar à DRJ de origem para análise do mérito do pedido.

LEGITIMIDADE DA PARTE - A sociedade anônima é parte legítima para pleitear a restituição do ILL, tendo em vista não restar comprovado nos autos que o ônus do tributo tenha recaído sobre terceiros.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por VIAÇÃO VARZEALEGRENSE S.A.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso para afastar as preliminares de decadência e de ilegitimidade da parte, e determinar o retorno dos autos à Delegacia da Receita Federal de Julgamento, para enfrentamento do mérito, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Maria Helena Cotta Cardoso (Relatora), Pedro Paulo Pereira Barbosa e Maria Beatriz Andrade de Carvalho, que mantinham a decadência. Designado para redigir o voto vencedor quanto à decadência o Conselheiro Oscar Luiz Mendonça de Aguiar.


MARIA HELENA COTTA CARDOSO
PRESIDENTE

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10680.012822/2001-74
Acórdão nº. : 104-21.413


OSCAR LUIZ MENDONÇA DE AGUIAR
REDATOR-DESIGNADO

FORMALIZADO EM: 18 AGO 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros NELSON MALLMANN, PAULO ROBERTO DE CASTRO (Suplente convocado), MEIGAN SACK RODRIGUES e REMIS ALMEIDA ESTOL. 

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10680.012822/2001-74
Acórdão nº. : 104-21.413

Recurso nº. : 146.791
Recorrente : VIAÇÃO VARZEALEGRENSE S.A.

RELATÓRIO

DO PEDIDO DE RESTITUIÇÃO

Em 06/11/2001, a empresa acima identificada apresentou o Pedido de Restituição de fls. 01, relativo ao Imposto de Renda na Fonte sobre o Lucro Líquido, recolhido de 1990 a 1992, com base na declaração de inconstitucionalidade da exigência pelo Supremo Tribunal Federal.

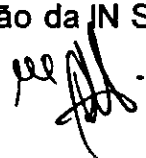
DA DECISÃO DA DRF

Em 06/04/2004, a Delegacia da Receita Federal em Belo Horizonte/MG exarou o Despacho Decisório de fls. 41/42, indeferindo o pleito, com base no Ato Declaratório SRF nº 96, de 1999.

DA MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE

Cientificada da decisão da DRF em 14/04/2004 (fls. 46), a interessada apresentou, em 06/05/2004, tempestivamente, a Manifestação de Inconformidade de fls. 47 a 52. Por sua objetividade e concisão, adoto o Relatório do acórdão de primeira instância, no que tange às razões de defesa:

“De acordo com as decisões judiciais e do Conselho de Contribuintes que invoca, o prazo decadencial de cinco anos só começa a fluir a partir da Resolução do Senado Federal n.º 82, de 18 de novembro de 1996, para as sociedades anônimas, e a partir da publicação da JN SRF n.º 63, de 24 de julho de 1997, para as sociedades limitadas.”



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10680.012822/2001-74
Acórdão nº. : 104-21.413

DO ACÓRDÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Em 13/04/2005, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Belo Horizonte/MG indeferiu o pleito, por meio do Acórdão DRJ/BHE nº 8.244 (fls. 59 a 66), assim ementado:

“RESTITUIÇÃO DE ILL. DECADÊNCIA.

Extingue-se em cinco anos, contados da data do pagamento do crédito tributário, o direito de pleitear restituição de tributo ou contribuição pagos indevidamente ou a maior.

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. LEGITIMIDADE. TRANSFERÊNCIA DO ÔNUS FINANCEIRO.

A fonte pagadora, na qualidade de sujeito passivo responsável pela retenção e pelo recolhimento do imposto, tem legitimidade para formalizar pedido de restituição de ILL, devido exclusivamente na fonte, mas deve comprovar haver assumido o ônus tributário ou estar autorizada pelos que o suportaram.

Solicitação Indeferida.”

DO RECURSO AO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Cientificada do acórdão em 1º/06/2005 (fls. 68), a interessada apresentou, em 21/06/2005, tempestivamente, o recurso de fls. 69 a 79, em que reitera as razões contidas na Manifestação de Inconformidade.

O processo foi distribuído a esta Conselheira numerado até as fls. 82 (última), que trata do envio dos autos a este Primeiro Conselho de Contribuintes.

É o Relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10680.012822/2001-74
Acórdão nº. : 104-21.413

VOTO VENCIDO

Conselheira MARIA HELENA COTTA CARDOZO, Relatora

Trata o presente Recurso Voluntário, de pedido de restituição de Imposto de Renda na Fonte sobre Lucro Líquido, recolhido com base no art. 35 da Lei nº 7.713, de 1988, em 1990 e 1992, formalizado em 06/11/2001.

O posicionamento majoritário desta Câmara é no sentido de afastar-se a decadência e determinar-se o retorno dos autos à Repartição de Origem, para apreciação do mérito, considerando-se como *dies a quo* do prazo decadencial a data de publicação da Resolução do Senado Federal nº 82, de 18/11/1996. Dita Resolução suspendera, em parte, a execução do dispositivo legal que fundamentara a exigência do ILL, na parte referente a "acionista", em função de decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 172.058/SC, de 30/07/1995.

O assunto é tormentoso e deve ser tratado com a necessária cautela.

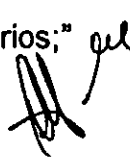
A Constituição Federal de 1998 assim dispõe:

"Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

(...)

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e **decadência** tributários;" 

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10680.012822/2001-74
Acórdão nº. : 104-21.413

(grifei)

Cumprindo a determinação constitucional de regular a decadência tributária, o Código Tributário Nacional assim estabelece:

“Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II - erro na identificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

(...)

Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contados:

I - nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, na data da extinção do crédito tributário;

II - na hipótese do inciso III do artigo 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.” (grifei)

No caso em apreço, trata-se obviamente de hipótese inserida no inciso I do art. 165, acima transcrito, uma vez que o pagamento foi espontâneo, realizado de acordo com dispositivo legal que, embora posteriormente tenha sido declarado parcialmente inconstitucional, à época dos recolhimentos encontrava-se em plena vigência. Ressalte-se que referido inciso menciona apenas o pagamento indevido, sem adentrar ao mérito do motivo do indébito, concluindo-se então que estão incluídos também os casos de pagamento indevido em função de posterior declaração de inconstitucionalidade da lei que

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10680.012822/2001-74
Acórdão nº. : 104-21.413

obrigava ao pagamento.

Assim, na situação em tela, uma vez que os créditos tributários mais recentes foram extintos pelo pagamento em 1992 (art. 156, Inciso I, do CTN, e art. 3º da Lei Complementar nº 118, de 2005), o direito de pleitear a respectiva restituição, na melhor das hipóteses, decaiu em setembro de 1997. Obviamente, o presente pedido de restituição, protocolado que foi em 06/11/2001, encontra-se inexoravelmente atingido pela decadência.

Recapitulando, a tese defendida pela contribuinte e acatada por esta Câmara é no sentido de que o termo inicial para contagem da decadência seria a data de publicação da Resolução do Senado Federal nº 82, de 18/11/1996, que dera efeitos *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal exarada em sede de controle difuso. Conforme esse entendimento, somente a partir de dita publicação os pagamentos poderiam ser considerados indevidos.

Tal tese não deixa de constituir argumentação coerente, tanto assim que chegou a encontrar abrigo no próprio Superior Tribunal de Justiça. Não obstante, analisando-se mais detidamente a matéria, chega-se à conclusão de que a argumentação é desprovida de fundamento legal, de sorte que abraçá-la equivaleria à criação de nova hipótese de *dies a quo* para a decadência, totalmente à revelia do CTN e, conseqüentemente, da Constituição Federal.

Ademais, a interpretação outrora abraçada pelo STJ conduz à seguinte ponderação: uma vez que a ADIn - Ação Direta de Inconstitucionalidade pode ser ajuizada a qualquer tempo, e tendo em vista a discricionariedade do Senado Federal para editar Resoluções, o STJ teria inaugurado hipótese de imprescritibilidade no Direito Tributário, o que não está previsto nem mesmo na Constituição Federal, salvo no âmbito do Direito Penal, relativamente à pretensão punitiva do Estado quanto à prática de racismo e à ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10680.012822/2001-74
Acórdão nº. : 104-21.413

(art. 5º, incisos XLII e XLIV).

Por esse motivo, o entendimento do STJ vem sendo revisto, no sentido de prestigiar o *dies a quo* assinalado no CTN, conectado não à declaração de Inconstitucionalidade do STF ou à Resolução do Senado Federal, mas sim à data de extinção do crédito tributário objeto do pedido de restituição.

Ilustrando a mudança de posicionamento dos Senhores Ministros do STJ, convém trazer à colação trecho da ementa do acórdão proferido no **Recurso Especial 543.502/MG (DJ de 16/02/2004, p. 220)**, em que o Relator, Ministro Luiz Fux, ainda que se curvando à posição dominante à época, deixou registrado o seu ponto de vista:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. FINSOCIAL. MAJORAÇÃO DAS ALÍQUOTAS. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTO DECLARADO INCONSTITUCIONAL. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL.

1. O sistema de controle de constitucionalidade das leis adotado no Brasil implica assentar que apenas as decisões proferidas pelo STF no controle concentrado têm efeitos *erga omnes*. Consectariamente, a declaração de inconstitucionalidade no controle difuso tem eficácia inter partes. Forçoso, assim, concluir que o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei instituidora do tributo pelo STF só pode ser considerado como termo inicial para a prescrição da ação de repetição do indébito quando efetuado no controle concentrado de constitucionalidade, ou, tratando-se de controle difuso, somente na hipótese de edição de resolução do Senado Federal, conferindo efeitos *erga omnes* àquela declaração (CF, art. 52, X).

2. **Ressalva do ponto de vista do Relator, no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade somente tem o condão de iniciar o prazo prescricional quando, pelas regras gerais do CTN, a prescrição ainda não se tenha consumado. Considerando a tese sustentada de que a ação direta de inconstitucionalidade é imprescritível, e em face da discricionariedade do Senado Federal em editar a resolução prevista no art. 52, X, da Carta Magna, as ações de repetição do indébito tributário ficariam sujeitas à reabertura do prazo prescricional por tempo indefinido, violando o primado da segurança jurídica, e a *fortiori*, todos os direitos seriam imprescritíveis, como bem assentado em sede doutrinária: (...)**” (grifei)



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10680.012822/2001-74
Acórdão nº. : 104-21.413

Cabe aqui destacar que a doutrina a que se refere o Ministro Luiz Fux ao final da ementa acima, é a do Professor Eurico Marques Diniz de Santi, que a seguir se transcreve (Decadência e Prescrição no Direito Tributário, São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 273/277):

"Por isso, o controle da legalidade não é absoluto, exige o respeito do presente em que a lei foi vigente. Daí surgem os prazos judiciais garantindo a coisa julgada, e a decadência e a prescrição cristalizando o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

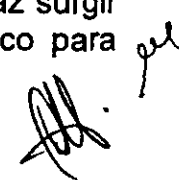
(...)

Como a ADIN é imprescritível, todas as ações que tiverem por objeto direitos subjetivos decorrentes de lei cuja constitucionalidade ainda não foi apreciada, ficariam sujeitas à reabertura do prazo de prescrição, por tempo indefinido. Assim, disseminaria-se a imprescritibilidade no direito, tornando os direitos subjetivos instáveis até que a constitucionalidade da lei seja objeto de controle pelo STF. Ocorre que, se a decadência e a prescrição perdessem o seu efeito operante diante do controle direto de constitucionalidade, então todos os direitos subjetivos tornar-se-iam imprescritíveis.

A decadência e a prescrição rompem o processo de positivação do direito, determinando a imutabilidade dos direitos subjetivos protegidos pelos seus efeitos, estabilizando as relações jurídicas, independentemente de ulterior controle de constitucionalidade da lei.

O acórdão em ADIN que declarar a inconstitucionalidade da lei tributária serve de fundamento para configurar juridicamente o conceito de pagamento indevido, proporcionando a repetição do débito do Fisco somente se pleiteada tempestivamente em face dos prazos de decadência e prescrição: a decisão em controle direto não tem o efeito de reabrir os prazos de decadência e prescrição.

Descabe, portanto, justificar que, com o trânsito em julgado do acórdão do STF, a reabertura do prazo de prescrição se dá em razão do princípio da actio nata. Trata-se de repetição de princípio: significa sobrepor como premissa a conclusão que se pretende. O acórdão em ADIN não faz surgir novo direito de ação, serve tão-só como novo fundamento jurídico para



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10680.012822/2001-74
Acórdão nº. : 104-21.413

exercitar o direito de ação ainda não desconstituído pela ação do tempo no direito.

Respeitados os limites do controle da constitucionalidade e da imprescritibilidade da ADIN, os prazos de prescrição do direito do contribuinte ao débito do Fisco permanecem regulados pelas três regras que construímos a partir dos dispositivos do CTN."

Mais recentemente, **o entendimento do Ministro Luiz Fux, que figurava nos julgados apenas como uma ressalva, transformou-se em posicionamento vencedor**, conforme se depreende dos trechos a seguir transcritos, retirados do **Agravo Regimental no Recurso Especial 591.541**, julgado em 03/06/2004. Nesse acórdão o Relator, Ministro José Delgado, passa a adotar o posicionamento do Ministro Luiz Fux, autor do voto-vista, que a seguir se transcreve:

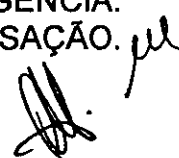
"O ilustre Relator negou provimento ao agravo regimental, sob o fundamento de que a Primeira Seção desta Corte firmou entendimento de que o prazo prescricional inicia-se a partir da data em que foi declarada inconstitucional a lei na qual se fundou a exação.

Pedi vista dos autos para melhor exame da questão.

No que pertine à prescrição da ação de repetição/compensação dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, a Primeira Seção do STJ, no julgamento dos **Embargos de Divergência no Recurso Especial 435.835/SC**, pacificou o entendimento de que deve ser aplicada a tese dos 5 (cinco) anos para a constituição do crédito e mais 5 (cinco) anos para a sua cobrança, **restando irrelevante, para o estabelecimento do termo a quo do prazo prescricional, eventual declaração de inconstitucionalidade pelo Pretório Excelso.**

Conseqüentemente, o prazo prescricional para a repetição ou compensação dos tributos sujeitos a lançamento por homologação começa a fluir decorridos 5 (cinco) anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio computado do termo final do prazo atribuído ao Fisco para verificar o *quantum* devido a título de tributo.

Confira-se a ementa do referido julgado:

'CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. LEI Nº 7.787/89. COMPENSAÇÃO. 

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10680.012822/2001-74
Acórdão nº. : 104-21.413

PRESCRIÇÃO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL DO PRAZO.
PRECEDENTES.

1. Está uniforme na 1ª Seção do STJ que, no caso de lançamento tributário por homologação e havendo silêncio do Fisco, o prazo decadencial só se inicia após decorridos 5 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio, a partir da homologação tácita do lançamento. Estando o tributo em tela sujeito a lançamento por homologação, aplicam-se a decadência e a prescrição nos moldes acima delineados.

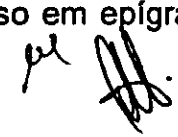
2. Não há que se falar em prazo prescricional a contar da declaração de inconstitucionalidade pelo STF ou da Resolução do Senado. A pretensão foi formulada no prazo concebido pela jurisprudência desta Casa Julgadora como admissível, visto que a ação não está alcançada pela prescrição, nem o direito pela decadência. Aplica-se, assim, o prazo prescricional nos moldes em que pacificado pelo STJ, *id est*, a corrente dos cinco mais cinco.'

Na hipótese dos autos, os autores ajuizaram a ação em 15/10/99, pretendendo o ressarcimento de valores indevidamente recolhidos a título de contribuição ao PIS, cujos fatos geradores ocorreram no período de setembro/1989 a março/1996, o que, **nos termos dos arts. 168, I, e 150, § 4º, do CTN**, revela inequívoca a ocorrência da prescrição relativamente aos períodos anteriores a 15/10/1989, porquanto tributo sujeito a lançamento por homologação, cuja prescrição opera-se 5 (cinco) anos após expirado o prazo para aquela atividade.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao presente agravo regimental, para prover parcialmente o recurso especial da Fazenda Nacional, reconhecendo a prescrição da pretensão de repetição e/ou compensação dos valores indevidamente recolhidos, cujos fatos geradores ocorreram em período anterior a 15/10/89.

É como voto." (grifei)

Após a leitura do voto-vista, o Relator, Ministro José Delgado, retificou o seu voto e adotou o posicionamento esposado pelo Ministro Luiz Fux, conforme Certidão de Julgamento:

"Certifico que a egrégia 1ª Turma, ao apreciar o processo em epígrafe, na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão: 

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10680.012822/2001-74
Acórdão nº. : 104-21.413

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Luiz Fux e a retificação de voto do Sr. Ministro Relator, a Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." (Agravio Regimental em Recurso Especial 591.541, Relator Ministro José Delegado, DJ de 16/08/2004, p. 145)

Assim, a tese trazida aos autos pela recorrente não mais encontra eco no STJ, que passou a prestigiar o *dies a quo* estabelecido no CTN (art. 168, inciso I), como forma de respeito à segurança jurídica. Nesse passo, a aferição sobre a tempestividade do pedido de restituição foi, nesse último Acórdão, conectada não à data da declaração de inconstitucionalidade pelo STF ou de Resolução do Senado Federal, mas sim à data de extinção do crédito tributário.

Os julgados mais recentes daquela Corte vêm sedimentando a opção pela segurança jurídica, citando-se como exemplo o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 653.469/SP, Relator Ministro José Delgado, DJ de 13/06/2005:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEL. DL Nº 2.288/86. RESTITUIÇÃO. PRESCRIÇÃO. INÍCIO DO PRAZO. INOCORRÊNCIA. LC Nº 118/2005. INAPLICAÇÃO RETROATIVA. ENTENDIMENTO DA 1ª SEÇÃO.

1. Agravo regimental contra decisão que desproveu agravo de instrumento por entender que a pretensão da autora não estava prescrita, em ação de repetição do indébito de quantia recolhida a título de empréstimo compulsório (Decreto-Lei nº 2.288/86).

2. Está pacífico na 1ª Seção do STJ que, no caso de lançamento tributário por homologação e havendo silêncio do Fisco, o prazo decadencial só se inicia após decorridos 5 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio, a partir da homologação tácita do lançamento. Sujeito o tributo a lançamento por homologação, aplicam-se a decadência e a prescrição nos moldes acima.

3. Não há que se falar em prazo prescricional a contar da declaração de inconstitucionalidade pelo STF ou da Resolução do Senado. A pretensão foi formulada no prazo concebido pela jurisprudência desta Casa

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10680.012822/2001-74
Acórdão nº. : 104-21.413

Julgadora como admissível. A ação não está prescrita, nem o direito decaído. Aplica-se, assim, o prazo prescricional nos moldes em que pacificado pelo STJ, *id est*, a corrente dos “cinco mais cinco”.

4. *In casu*, comprovado que não transcorreu, entre o prazo do recolhimento e o do ingresso da ação em juízo, o prazo de 10 (dez) anos. Inexiste prescrição sem que tenha havido homologação expressa da Fazenda, atinente ao prazo de 10 (dez) anos (5 + 5), a partir de cada fato gerador da exação tributária, contados para trás a partir do ajuizamento da ação. Precedentes desta Corte Superior.

5. Quanto à LC nº 118/2005, a 1ª Seção deste Sodalício, no julgamento dos EREsp nº 327043/DF - ainda não finalizado, após os votos do Ministro Relator João Otávio de Noronha e dos Ministros Francisco Peçanha Martins, José Delgado, Franciulli Netto, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki, posicionou-se contra a nova regra prevista no art. 3º da referida Lei Complementar. Composta a 1ª Seção por dez Ministros, dos quais seis já se manifestaram contra a aplicação do art. 3º da LC nº 118/05, a tese da Fazenda Nacional, portanto, não restará acolhida.

6. Agravo regimental não provido.” (grifei)

Cabe esclarecer que a tese dos “cinco mais cinco”, defendida pelo STJ para os lançamentos por homologação, não está sendo adotada por esta Conselheira, tampouco encontra amparo nos Conselhos de Contribuintes, como demonstra a ementa a seguir transcrita, representativa da maciça jurisprudência deste Colegiado, mesmo nos casos de exigência de crédito tributário, em que os dez anos só viriam a favorecer a Fazenda Nacional:

“IRPJ - TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - DECADÊNCIA - OCORRÊNCIA - O imposto de renda pessoa jurídica se submete ao lançamento por homologação, eis que é de iniciativa do contribuinte a atividade de determinar a obrigação tributária, a matéria tributável, o cálculo do imposto e pagamento do quantum devido, independente de notificação, sob condição resolutória de ulterior homologação. Como o lançamento foi efetuado em 21/12/98, procede a decadência argüida em relação ao período de junho de 1992, pois o prazo para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, a teor do disposto no art. 150, par. 4º, do CTN, expira após cinco anos contados da data da ocorrência do fato gerador.” (Acórdão 107-06.490, de 06/12/2001, Relator

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10680.012822/2001-74
Acórdão nº. : 104-21.413

Conselheiro Natanael Martins)

Entretanto, se por questão de coerência, aqui se adotasse por inteiro a tese do STJ - prazo de "cinco mais cinco" anos a contar do pagamento do tributo, em qualquer caso, inclusive de inconstitucionalidade - o interessado só teria direito à restituição do ILL recolhido em 1992, já que os pagamentos anteriores a 06/11/1991 já estariam alcançados pela decadência.

Destarte, configura-se situação em que o entendimento do Poder Judiciário está sendo mais rigoroso que o da esfera administrativa. Nesse passo, a reflexão a ser feita é no sentido de que, caso ocorresse o inverso, o contribuinte teria a opção de buscar a via judicial. Entretanto, dada a definitividade da decisão administrativa, a Fazenda Nacional não dispõe dessa prerrogativa, o que acentua a situação de desequilíbrio em que se encontra: seus atos não estão acobertados pelo manto da segurança jurídica, mas sim sujeitos à imprescritibilidade, e lhe é vedado buscar recuperar esse direito na via judicial. Acrescente-se que, no contexto da nova ordem social inaugurada Pela Constituição Cidadã de 1988, o princípio do interesse público deve prevalecer sobre o interesse dos particulares.

Diante do exposto, seguindo a linha que sempre tenho adotado em casos semelhantes, **MANTENHO** a decadência declarada na decisão de primeira instância.

Vencida quanto à decadência, passo a analisar o segundo argumento utilizado pelo Julgador *a quo*, no sentido de que a recorrente não seria parte legítima para pleitear a restituição do ILL, uma vez que o respectivo ônus teria recaído sobre os acionistas.

Preliminarmente, cabe ressaltar que tal óbice constituiu inovação perpetrada pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento, o que inegavelmente cerceou o direito de defesa da recorrente, que não teve a oportunidade de apresentar argumentos contrários em primeira instância.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

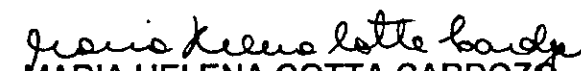
Processo nº. : 10680.012822/2001-74
Acórdão nº. : 104-21.413

Não obstante, a preliminar de cerceamento de direito de defesa será ora ultrapassada, tendo em vista que no acórdão *a quo* o óbice de ilegitimidade ativa foi argüido apenas em tese, concluindo o Julgador que, “**via de regra**, a fonte pagadora não assume o ônus do gravame” (grifei). Entende esta Conselheira que a não assunção do ônus pela recorrente, inclusive por ter sido argüida apenas pela DRJ, teria de estar demonstrada nos autos, mediante a realização de diligência, assinalando-se prazo para que a empresa se manifestasse sobre a questão.

Assim, não estando demonstrado nos autos que a empresa recorrente repassou o ônus do tributo para terceiros, considera-se ser ela parte legítima para pleitear a restituição do ILL pago indevidamente.

Diante do exposto, mantenho a preliminar de decadência e rejeito a de ilegitimidade da parte.

Sala das Sessões - DF, em 22 de fevereiro de 2006


MARIA HELENA COTTA CARDOZO

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10680.012822/2001-74
Acórdão nº. : 104-21.413

VOTO VENCEDOR

Conselheiro OSCAR LUIZ MENDONÇA DE AGUIAR, Redator-designado

O recurso é tempestivo e dele tomo conhecimento. O litígio versa sobre o início do prazo decadencial para a formalização de pedido de restituição de exação declarada inconstitucional: se a data da extinção do crédito tributário ou se a data da declaração de inconstitucionalidade.

Com base no Decreto nº 2.346 de 10.10.1997 ficam consolidadas normas de procedimentos a serem observadas pela Administração Pública Federal, para que seja dotada de eficácia *ex-tunc*, produzindo efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, com efeito *erga omnes* a partir da Resolução do Senado Federal.

O Art. 35 da Lei nº 7.713/88 que institui o Imposto de Renda sobre o Lucro Líquido, foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, sendo suspensa a expressão "o acionista" pela Resolução nº 82 de 18/11/96 do Senado Federal.

Nessa senda, o termo inicial, para efeitos de contagem do prazo decadencial, mais plausível a ser considerado é a data da publicação da Resolução do Senado nº 82, ocorrida em 19/11/1996, pois somente a partir de então é que surtiram os efeitos "erga omnes" do julgado do STF, isto é, os efeitos válidos para toda a sociedade.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10680.012822/2001-74
Acórdão nº. : 104-21.413

Em conformidade com o Art. 37 da Constituição Federal a administração pública observará os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

Com base nesses princípios a administração pública tem o dever de arrecadar o tributo instituído por lei, porém, quando a lei for decretada inconstitucional, a exação recolhida foi indevida, ficando o contribuinte com o direito a restituir o pagamento indevido do tributo, com o fito de recompor o seu patrimônio, e a administração pública com o dever de devolver o que arrecadou indevidamente. Dessa forma, o contribuinte tem a garantia de que somente pagará tributos realmente devidos com base em previsão legal e constitucional.

Presume-se que as leis emanadas do Poder Legislativo estão em conformidade com a Constituição, ficando o contribuinte obrigado a recolher os tributos, visando manter a ordem social.

“O ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade não se submete à observância de qualquer prazo de natureza prescricional ou de caráter decadencial, eis que atos inconstitucionais jamais se convalidam pelo mero decurso do tempo. Súmula 360. Precedentes do STF (ADIN 1.247 - PA - med. Caut. - RDA 201/213).”

Carece de fundamentação o entendimento de que o prazo decadencial de cinco anos deve ter sua contagem iniciada a partir da data da extinção do crédito tributário, o que conduziria o cidadão ao questionamento de todas as leis, com o propósito de assegurar o seu direito de restituição, de lei que porventura venha a ser declarada inconstitucional.

No presente recurso voluntário, não há o que se falar em extinção do direito da recorrente em pleitear a restituição do ILL (Imposto de Renda sobre o Lucro Líquido), porque o pedido de restituição do indébito tributário foi protocolizado em 06 de novembro de 2001 (Fl. 01), afastando-se, pois, a alegação de decadência.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10680.012822/2001-74
Acórdão nº. : 104-21.413

Diante do exposto e do que mais constar dos autos, voto no sentido de conhecer do recurso e DAR-lhe provimento para afastar a decadência, determinando-se a remessa dos autos a DRJ de origem para análise do mérito do pedido de restituição formulado pelo recorrente.

Sala das Sessões - DF, em 22 de fevereiro de 2006


OSCAR LUIZ MENDONÇA DE AGUIAR